

## LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION

Para abordar el tema que sugiere el título del presente trabajo, damos por cierto que en un determinado Estado existe alguna forma de justicia constitucional, es decir, algún tipo o mecanismo de revisión o de control mediante los cuales se procede a verificar si normas o actos guardan congruencia con la constitución, y a invalidar —cualquiera sea el alcance del veredicto— los que están en colisión con ella.

Supuesto ello, es nuestro propósito ocuparnos de las transgresiones a la constitución por omisiones de los órganos de poder, o sea, de la inconstitucionalidad que sobreviene cuando el órgano que conforme a la constitución debe hacer algo, se abstiene de cumplirlo.

Normalmente, los estudios sobre justicia o control constitucionales enfocan casos en los que la constitución aparece conculcada por algún acto, es decir, por alguna actividad positiva infractoria de la constitución. No sabemos que exhaustivamente se haya examinado el tipo de ofensa a la constitución por la pasividad de los órganos de poder que dejan de hacer lo que conforme a la constitución les está encomendado.

Nuestra tesis va a enderezarse a los siguientes principios: 1º) que cuando la constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento; 2º) que cuando omite ejercerla, viola la constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido; 3º) que cuando la abstención del órgano de poder implica o involucra un daño o gravamen para alguien, ese alguien debe ser sujeto legitimado para impulsar a la justicia constitucional a controlar al órgano renuente en hacer lo que debe; 4º) que el mecanismo de control tiene que funcionar debidamente, sea para obligar al órgano remiso a cumplir la actividad debida, sea para que el órgano de la justicia constitucional supla la actividad omitida en beneficio del sujeto agraviado que provoca el control.

Comencemos por proponer algunas hipótesis. Una persona solicita su pasaporte para salir del país, y el departamento gubernamental encargado de expedir el documento lo niega arbitrariamente. Es decir, no entrega el pasaporte. En este caso hay, evidentemente, una omi-

sión gravosa, que impide al damnificado ejercer su derecho a viajar al extranjero. La omisión tiene alcance particular o individual, porque perjudica únicamente a quien, habiendo demandado el pasaporte, no lo obtiene. Otra persona presenta un petitorio en sede administrativa, y el órgano reclamado demora arbitrariamente en expedirse. El silencio de la administración deja sin resolución oportuna al petitorio. Es otro caso en que también anida una omisión dañina. Mientras en el primer ejemplo se hace menester compeler al órgano a que otorgue el pasaporte, en el segundo se torna necesario obligarlo a responder al petitorio. En ambos, el órgano de la justicia constitucional tiene que arribar a un pronunciamiento en el que declare que la omisión es inconstitucional y, consecuente y subsiguientemente, en el que mande hacer lo omitido en salvaguarda del derecho afectado.

Hasta acá no parece surgir mayor dificultad en el funcionamiento del mecanismo. Al menos en el derecho argentino, podría afirmarse con bastante seguridad que la vía apta para conseguir el resultado reseñado sería, **prima facie**, el juicio de amparo.

Pero casos como los narrados no son los que ofrecen mayor atractivo para un tratamiento doctrinario de la inconstitucionalidad por omisión y de su eventual remedio jurisdiccional. Más nos acicatean otras hipótesis.

Por ejemplo, si de una omisión particularizada en un caso individual pasamos al supuesto del órgano de poder que deja de dictar una norma general que reglamente a otra de índole programática, la omisión expande sus efectos nocivos a todos aquellos que podrían invocar a su favor la norma general programática ausente de reglamentación. En este caso, la invocación de esa norma general podría enervarse con frustración del derecho subjetivo reconocido en ella si el órgano o el particular ante quien se postulara, alegara su inaplicabilidad por falta de norma reglamentaria. ¿Cómo subsanar entonces la omisión? Por un lado, no nos queda duda que el hecho de que el órgano de poder deje sin reglamentación la norma general programática es una omisión inconstitucional similar a la que se configura cuando, en los otros dos ejemplos, un órgano se niega arbitrariamente a expedir un pasaporte, o demora también arbitrariamente la respuesta administrativa a un petitorio. Lo que ocurre es que en el ejemplo ahora sugerido de la reglamentación omitida, no parece viable que el órgano de la justicia constitucional pueda él mismo dictar la reglamentación. Pero ¿acaso es demasiado extravagante pensar que sí pueda constreñir al órgano remiso a dictarla en un lapso prudencial, o que directamente pueda poner en funcionamiento la norma

general no reglamentada llenando la laguna que provoca la ausencia de reglamentación?

Para alcanzar cualesquiera de estas dos soluciones se nos ocurre indispensable que previamente —en un sentido más lógico que cronológico— el órgano de la justicia constitucional declare sin cortapisas que la omisión reglamentaria es inconstitucional, y que esa inconstitucionalidad por omisión es lesiva de un derecho subjetivo deparado al sujeto reclamante por la norma general programática. Si se obtiene ese resultado de la declaración de inconstitucionalidad por omisión, se hace palpable la necesidad inmediata de ponerle coto de alguna manera. Pero de inmediato salta a la vista la diferencia que media entre estos casos, y los más comunes y conocidos de una declaración de inconstitucionalidad por actividad positiva dañina de la constitución, en la cual la norma inconstitucional se desaplica al caso o se deroga por virtud del mismo pronunciamiento. En nuestro planteo, a la inversa, hay que conseguir que un órgano haga algo, en vez de comprobar que ha hecho algo indebido y de invalidar la transgresión por acción.

A modo de mero ejemplo tomemos en consideración dos figuras del derecho constitucional argentino. Cuando se dictó la constitución de 1853-1860, una norma prescribió que el congreso promovería la reforma de la legislación en todas sus ramas. Hacia fin del siglo pasado, podemos decir que la obligación estaba —en principio— cumplida por el congreso. Pero hasta entonces, o en el hipotético caso de que el congreso hubiera omitido reemplazar la legislación vigente a la fecha de la constitución por otra nueva, ¿qué podríamos aseverar? Nuestra Corte Suprema tiene dicho que los particulares no tienen derecho subjetivo a una legislación determinada. Parece difícil que si alguien hubiera pretendido compeler al congreso a renovar la legislación cuya reforma le imponía la constitución, ese alguien hubiera obtenido satisfacción de los tribunales judiciales. Y ello por la sencilla razón de que también difícilmente el sujeto pretensor hubiera podido demostrar que la falta de una reforma legislativa le dañaba algún derecho subjetivo, o le impedía o postergaba su goce.

El otro ejemplo radica en cláusulas programáticas que deparan claramente un derecho subjetivo. El artículo 14 bis consigna que las leyes asegurarán al trabajador la participación en las ganancias de las empresas. El congreso no ha dictado aún —a más de veinte años de vigencia del artículo 14 bis— ley alguna en el sentido indicado. Tomando como precedente algún fallo análogo de la jurisprudencia alemana, podemos afirmar que veinte años de mora es más que

suficiente para reputar la inercia legislativa como inconstitucional. ¿Qué ocurriría si un trabajador demandara un adicional por participación en el beneficio de la empresa donde trabaja? A nuestro criterio, el órgano judicial debería comenzar por declarar inconstitucional la mora legislativa del congreso, y debería seguir argumentando que esa mora produce un vacío o laguna en el orden normativo que es menester integrar, con lo que, a renglón seguido, habría de resolver la pretensión intentando la solución por vía de la analogía o de los principios generales del derecho (autointegración), y de fracasarle esa tentativa, acudiendo directamente a una solución justa conforme al valor justicia (heterointegración).

Entre los dos ejemplos expuestos podemos intercalar otro. También la constitución de 1853-1860 alude por tres veces a la competencia del congreso para implantar el juicio por jurados (artículo 24: el congreso promoverá... el establecimiento del juicio por jurados; artículo 67 inciso 11: corresponde al congreso... dictar las (leyes) que requiera el establecimiento del juicio por jurados, artículo 102: todos los juicios criminales ordinarios... se terminarán por jurados, luego que se establezca en la república esta institución). Pues bien, a más de cien largos años, jamás el congreso dictó la legislación sobre jurados. Hace bastante tiempo, llegó a la Corte Suprema una apelación en la que, en un proceso, se alegaba falta de jurisdicción del tribunal interviniente porque el acusado interpretaba que sólo podía serlo ante un jurado, el que por supuesto era inexistente. La Corte rechazó el alegato por estimar que el deber impuesto al congreso para implantar el jurado no imponía al congreso una obligación inmediata de índole legislativa.

Seguramente se tuvo en cuenta que el artículo 102 estipula que los juicios criminales se concluirán por jurados "luego que se establezca en la república esta institución". De todos modos, queda planteado el interrogante de cuánto tiempo tiene el congreso para cumplir debidamente una obligación legislativa, y desde cuándo la falta de legislación tipifica ya una omisión infractoria de la constitución.

El constituyente alemán supo tomar alguna precaución en la ley fundamental de Bonn de 1949 para la República Federal de Alemania. El artículo 3º inciso 2 consagró que el hombre y la mujer gozan de los mismos derechos, y en la disposición transitoria del artículo 117 se dijo que las disposiciones legales opuestas a esa norma continuarían rigiendo hasta que fueran adaptadas a ella, pero no más allá del 31 de marzo de 1953. De esa manera, se confirió operatividad a la norma programática a partir de esa fecha tope, para remediar la posible falta de actividad legislativa.

Para desentrañar la verdadera magnitud del problema que suscitan las omisiones reglamentarias, hay que entender bien que si una constitución cualquiera se define o proclama como suprema, es imposible conciliar su supremacía con la no vigencia de cláusulas programáticas carentes de reglamentación. Si las cláusulas programáticas no pudieran regir mientras les faltara la reglamentación, aquella supremacía declinaría en su vigor y en su sentido genuino: la constitución quedaría postergada en la aplicación de dichas partes normativas, y quienes por su virtud quisieran entre tanto hacer valer derechos reconocidos en las normas programáticas tropezarían con el resultado de que la norma programática no funcionaría. Y es allí donde, rescatado el principio de la supremacía constitucional, entendemos que el órgano de la justicia constitucional está llamado a hacer funcionar la norma programática deparándole la operatividad que no pudo alcanzar por la reglamentación omitida.

Kelsen se dio cuenta del problema. Dice el ilustre jurista que:

la constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada. Por el contrario, una constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido...<sup>1</sup>

Es cierto que resulta técnicamente más fácil nulificar la ley o la actividad que positivamente transgreden a la constitución, que subsanar la similar transgresión operada por omisiones inconstitucionales. Pero lo que hay que reivindicar con ahinco es el principio de que tanto se vulnera la constitución cuando no se hace lo que ella manda, como cuando se hace lo que ella veda. Sin la certeza de que también hay inconstitucionalidad por omisión no se puede dar un paso adelante en el arduo planteo que intentamos abordar en este trabajo.

Dos citas de Biscaretti son también elocuentes:

Ahora bien, si no hay (ni se puede configurar) procedimiento alguno jurídico para obligar al legislador ordinario a desplegar su actividad, al respecto, está claro que cuando se abstiene de estatuir..., entonces por este camino viene a violar gravemente la constitución...<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Teoría pura del derecho; introducción a la ciencia del derecho*; traducción de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 1960, p. 148.

<sup>2</sup> *Derecho constitucional*; traducción, prólogo y notas bibliográficas de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1965, p. 269.

“Cuando el reglamento de ejecución se hace esperar parece exacto estimar que la ley, si existe la posibilidad concreta y falta la prohibición correspondiente en el mismo texto legislativo, debe aplicarse igualmente”.<sup>3</sup>

Precisamente, uno de los mayores descréditos de la parte dogmática de las constituciones en sus cláusulas económico-sociales suele ser en todas partes el proveniente de la falta de funcionamiento de las normas a favor de sus beneficiarios por ausencia de legislación reglamentaria. Es entonces cuando se les achaca la mera literalidad —tal vez técnicamente muy buena—; pero la total inutilidad de su articulado. Es cierto que el primer pecado ha de imputársele al órgano legislativo, pero a continuación viene otro pecado solidario, que es el configurado por el escrúpulo de los jueces que directamente resuelven el problema diciendo: mientras el legislador no reglamente la cláusula, yo no puedo darle aplicación directa. Y es allí donde los sectores normativos de la constitución que quedan inaplicados por omisión legislativa convierten a la parte respectiva en constitución nominal, según la categoría acuñada por Loewenstein: la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas. ¿En qué viene a parar la supremacía constitucional? Seguramente, en un bloqueo o punto muerto que priva al principio de supremacía de toda efectividad.

La historia constitucional argentina registra un notable antecedente en materia de amparo. Hasta 1957 la jurisprudencia denegaba rotundamente la procedencia del amparo argumentando que a falta de ley procesal que ordenara el procedimiento amparista, los jueces no podían depararlo. En 1957 la Corte inoculó el argumento de la operatividad, e hizo viable un amparo aun a falta de ley que estableciera el procedimiento, el que debía funcionar por analogía con el del **habeas corpus** (que sí estaba legislado) de manera sumaria.

Dijimos un poco más atrás que nos hacemos cargo de algunas dificultades. Cuando un órgano de la justicia constitucional corrobora que otro órgano de poder ha hecho algo en violación de la constitución, procede a declararlo y, según sea el sistema, desaplica la norma o el acto al caso que resuelve, o bien su sentencia produce la derogación general de la norma inconstitucional. Esto es bastante sencillo, a diferencia de lo que puede ocurrir si el mismo órgano de la justicia constitucional declara que una omisión es lesiva de la constitución.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 484, nota 92.

<sup>4</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*; traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1964, p. 218.

¿Qué viene después? ¿Se pone el tribunal en legislador, y dicta la reglamentación omitida? ¿O bien emplaza al órgano remiso a dictarla en plazo que la misma sentencia le señala? ¿O bien se limita a integrar el orden normativo lagunoso para el caso que tiene que fallar?

Vamos a desbrozar un poco estos interrogantes. Cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley que ha transgredido a la constitución somos partidarios de que el pronunciamiento surta efecto general derogatorio y, por ende, de que en su virtud la ley pierda vigencia. Hay muchos sistemas en el derecho comparado que exhiben este ejemplo. También los hay en el derecho público provincial argentino. En cambio, si un órgano de la justicia constitucional declara que una omisión —por ejemplo, legislativa— es inconstitucional, al efecto de esa declaración no tiene sentido asignarle vinculatoriedad general porque con decir que la omisión es contraria a la constitución todo queda igual que antes: nada puede quedar derogado. Y ello porque la declaración de inconstitucionalidad en ese caso no invalida ninguna actividad positiva, sino que comprueba una omisión ofensiva. El efecto tiene que derivar de lo que el órgano de la justicia constitucional disponga después. Y lo que disponga en ese sentido es lo que suscita los interrogantes que formulábamos unos renglones más arriba.

En primer lugar, no parece posible que el órgano dicte *per se* la norma reglamentaria omitida. Eso sólo procedería si la constitución lo habilitara directamente, porque de lo contrario habría riesgo de que se considerara violada la división de poderes.

En segundo lugar, tiene mayor viso de posibilidad un sistema mediante el cual el órgano emplazara a emanar la reglamentación omitida. De ese modo, el resultado se generalizaría porque suponemos que el órgano conminado dictaría la reglamentación cuya omisión se ha declarado inconstitucional. Con todo, existe un margen de inseguridad si pensamos que, pese a la conminación, el órgano a lo mejor no dictaría en término la reglamentación, y todo quedaría como antes.

En tercer lugar, siempre es posible que el órgano de la justicia constitucional logre una solución, consistente: 1º) en declarar que la omisión es inconstitucional; 2º) en reputar que la falta de reglamentación provoca una laguna en el orden normativo; 3º) en integrar el orden normativo lagunoso del modo como ya lo propusimos, o sea, echando mano de la autointegración (por analogía o por aplicación de los principios generales del derecho) o de la heterointegración (acudiendo al valor justicia). Pero es evidente que de proceder así, la solución sería provechosa únicamente para el caso, lo cual significa que la norma que el tribunal elaborara para llenar el vacío normativo resolvería tan solo el caso particular sentenciado. En todos los otros, habría de

procederse de la misma manera. Por ende, si el sistema de justicia constitucional fuera de jurisdicción difusa, habría margen para soluciones diferentes, en tanto si fuera de jurisdicción concentrada es probable que el tribunal fallaría cada causa adoptando similar solución.

Sea por un camino o por otro, lo que nos importa destacar es que siempre el tribunal debe conseguir que la norma general omitida en su reglamentación funcione directamente por impulso jurisdiccional, y que nunca es lícito al tribunal argüir que no aplica la norma por falta de reglamentación. Si dijera esto último, su sentencia equivaldría en realidad a dejar el caso sin solución o, lo que nos parece lo mismo, a negarse a fallar, a denegar la jurisdicción. Y eso no puede ser porque es tanto como dejar sin enmienda las omisiones inconstitucionales que, volvemos a insistir, hieren a la constitución con tanta gravedad como la realización de actividades prohibidas por ella.

En resumen, todo lo que hasta ahora hemos dicho se enuncia en un postulado que sintéticamente se puede formular así: siempre que una constitución depara a un órgano de poder el ejercicio obligatorio de una competencia en beneficio de los particulares, la omisión de ese mismo ejercicio en perjuicio del beneficiario es inconstitucional y debe ser remediada por los órganos de la justicia constitucional.

Cuando empezábamos la proposición que desenvuelve el presente trabajo abordábamos casos de omisiones individuales. Luego pasábamos a la hipótesis de mayor interés, cual era la abstención del órgano que no dictaba la reglamentación de una norma general programática. Después de esos desarrollos, otro ejemplo —tomado del derecho constitucional argentino— nos mantiene en similar temática.

Es sabido que nuestro poder ejecutivo está facultado, durante el receso del senado, a efectuar nombramientos en comisión para designar ciertos funcionarios que, además del decreto presidencial, requieren el acuerdo del senado. Nuestra práctica constitucional conoce el caso de presidentes que, una vez realizado el nombramiento en comisión, omiten solicitar el acuerdo al senado cuando el congreso comienza su período de sesiones, o bien lo solicitan para persona distinta de la nombrada en comisión. Un caso y otro implican no pedirlo para quien fue designado en comisión, con lo que el poder ejecutivo deja al senado sin oportunidad para otorgar o denegar el acuerdo a ese funcionario que ostenta título incompleto. Aplicando la teoría de las omisiones inconstitucionales, creemos que urge encontrar la vía para provocar el pronunciamiento del senado. Para ello, habría que legitimar al funcionario nombrado en comisión cuyo pedido de acuerdo al senado es omitido o demorado por el ejecutivo, para



impeler judicialmente al ejecutivo a solicitar el acuerdo, a fin de que el senado estuviera en condiciones de prestarlo o no. Y hasta pensamos que el propio senado, como órgano de poder cuya intervención no se incita con la solicitud de acuerdo, debería poder reclamar del ejecutivo la lista de funcionarios en comisión que están pendientes de acuerdo, a efectos de poder pronunciarse sobre su situación. Si acaso el funcionario nombrado en comisión es considerado solamente como titular de un interés legítimo y no de un verdadero derecho de función, la solución es la misma: su interés legítimo resulta suficiente para conferirle legitimidad activa a efectos de acudir al órgano de la justicia constitucional.

Formular normas en las que se condense nuestra tesis resulta arduo si con ellas queremos abarcar una cuestión doctrinaria que aparece —o puede aparecer— fácticamente en el derecho constitucional de cualquier Estado. Además, hemos partido del presupuesto de que una constitución no contenga norma expresa para resolver las inconstitucionalidades por omisión, y de que sea necesario manejarse exclusivamente con la aplicación del principio de supremacía constitucional. De todos modos, estamos en condiciones de hacer la tentativa de formulación normativa a incorporar al articulado constitucional. Alternativamente, esa formulación podría esbozarse así: la justicia constitucional es competente para conocer de las omisiones inconstitucionales que perjudican a particulares, o que impiden a otros órganos de poder el ejercicio de sus competencias propias; cuando la omisión inconstitucional consista en la no realización de un acto de contenido individual, el órgano de la justicia constitucional será competente para expedir un mandato de ejecución: cuando la omisión inconstitucional consista en la no emanación de una norma reglamentaria de otra norma general impedida de funcionar, el órgano de la justicia constitucional será competente para: a) intimar al órgano remiso a dictar la reglamentación en el plazo que se le fije; b) integrar el orden normativo lagunoso resolviendo el caso con efecto limitado al mismo, y c) dictar directamente la norma omitida.

En rigor, creemos que la fórmula constitucional de lineamiento tentativo que sugerimos, sólo se torna indispensable para la solución del inciso c), que de otro modo no podría alcanzarse sin detrimento del principio constitucional de división o separación de funciones. Al contrario, el resto de la fórmula puede y debe acogerse aun a falta de norma constitucional expresa, nada más que por aplicación de principios generales del derecho constitucional que están ínsitos en cual-

quier constitución formal dotada de supremacía, y que hacen a la esencia de la justicia constitucional.

Germán José BIDART CAMPOS